

REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW. INDRET.COM

La revalorización del elemento político en el artículo 7.2 a) del Estatuto de Roma y el colapso estatal

Una propuesta de interpretación del concepto de organización en los crímenes contra la humanidad

Jesús Pérez Caballero

Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado (UNED)

BARCELONA, JULIO DE 2014

Abstract·

En el siguiente estudio se plantea la necesidad de una definición del elemento político de los crímenes contra la humanidad, para evitar la casuística en la caracterización del término "organización" al que alude el art. 7.2 a) del Estatuto de Roma y la ampliación del tipo penal. A partir de la diferenciación entre política y elemento político, se detecta las bases para una definición de éste que evite las vacilaciones jurisprudenciales sobre su naturaleza y la expansión del tipo. La conexión del elemento político con el contextual (art. 7.1 del Estatuto de Roma) permite su revalorización y la sistematización de circunstancias en las que organizaciones tienen la voluntad y capacidad de provocar un colapso estatal sustancial o mantener uno total, dos conceptos propuestos por el autor para delimitar las situaciones de crímenes de lesa humanidad que se alejen de los parámetros clásicos.

Die folgende Untersuchung hebt das Bedürfnis hervor, das politische Merkmal bei den Verbrechen gegen die Menschheit zu bestimmen, um eine rein fallbezogene Lösung in der Auslegung des Merkmals „Organisation" gemäß Art. 7 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshof sowie die damit eventuell verbundene Erweiterung des Tatbestandes zu vermeiden. Anhand einer Unterscheidung zwischen Politik, die als Plan i.e.S. verstanden wird, und dem politischen Merkmal dieser Verbrechenart, werden die Grundlagen für die Begriffsbestimmung des politischen Merkmals gemäß Art. 7 vorgeschlagen. Dadurch wird bezweckt, die Schwankungen der Rechtsprechung und Literatur bzgl. der Frage der Natur dieses Merkmals zu überwinden. Konkret soll die Verbindung des politischen Merkmals mit dem kontextuellen Merkmals (Art. 7 I) dazu beitragen, die Analyse von Fällen zu ermöglichen, bein denen einen weit gehenden Zusammenbruch des Staates verursacht oder einen völlig Zusammenbruch des Staates aufrechterhalten wird. Diese beiden Begriffe dürfen, nicht-klassischen Kontexten der Verbrechen gegen die Menschlichkeit zu begrenzen.

The following study suggests the need for a policy element definition both to avoid casuistry in the characterization of the term "organization" according to the art. 7.2 a) of the Statute of the International Criminal Court and the expansive use of that legal article. From the differentiation between policy and the policy element, it is argued that this one is basic in the current definition of crimes against humanity. Despite the hesitation of international jurisprudence, it is possible to detect a basis for a definition of the policy element, which avoids the consequences of its elimination. The establishment of that ground for its defence and its link with the contextual element allow the categorization of situations where organizations have the will and ability to either provoke a substantial collapse of a State or maintain a total one, two concepts proposed by the author to restrict the non-classical contexts of crimes against humanity.

Titel: Die Neubewertung der Politikelement (Artikel 7.2 a) Rom Statut) und der Zusammenbruch des Staates. Eine vorgeschlagene Interpretation des Begriffs Organisation für die Verbrechen gegen die Menschlichkeit.
Title: The reassessment of the policy element (Article 7.2 a) Rome Statute) and the collapse of the State. A proposed interpretation for the term organization in crimes against humanity.

· Este *paper* no hubiera sido posible sin la orientación y críticas de la profesora Alicia Gil Gil y el didactismo al que me obligaron los alumnos del taller de la "I Edición de la Competencia de Simulación Judicial ante la Corte Penal Internacional" de la Universidad de Guadalajara (Jalisco, México).

[1] AMBOS, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, 2005, pp. 34-35; CASSESE, *International Criminal Law*, 2003, p. 15; y GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, 1999, p. 18.

Palabras clave: Crímenes contra la humanidad, Corte Penal Internacional, elemento político, colapso estatal sustancial, colapso estatal total.
Stichwörter: Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Internationaler Strafgerichtshof, Politikelement, weit gehenden politischen Zusammenbruch, völlig politischen Zusammenbruch.
Keywords: Crimes against humanity, International Criminal Court, policy element, substantial political collapse, total political collapse.

Sumario

1. Introducción al tipo penal internacional de los crímenes contra la humanidad. La discusión sobre el elemento político

Los crímenes contra la humanidad, con origen en el Derecho Penal Internacional (DPI)[1], son una serie de hechos ilícitos de la mayor gravedad prohibidos por el Derecho Internacional cuya comisión da lugar a responsabilidad penal individual, por afectar a bienes jurídicos fundamentales a una determinada escala[2]. Como punto de partida, pueden definirse como aquellos delitos cometidos por un individuo en un contexto determinado (el llamado "elemento contextual"), resumido en un ataque generalizado, que indica masividad, o sistemático, por la existencia de un patrón de conducta; contra una población civil (en sentido amplio, esto es, incluyendo por ejemplo a militares que han depuesto las armas); y con conocimiento de dicho ataque. Además, el autor debe estar vinculado a, o actuar con la tolerancia de, un Estado u organización que controla de iure o de facto el territorio donde tienen lugar los crímenes (el denominado "elemento político" o *policy element*)[3].

Esta figura jurídica[4] nace ligada al Derecho de la Guerra y se sustancia en la Cláusula Martens de 1899, con la alusión a la humanidad de una manera genérica y sin base penal. Su nacimiento técnico puede datarse en el Estatuto del Tribunal de Núremberg de 1945, pero de manera confusa y ligada al *ius in bello*. La separación de este crimen de los crímenes de guerra y del genocidio se debe al posterior desarrollo doctrinal, destacadamente por la labor de la Comisión de Derecho Internacional en el período de la guerra fría y, sobre todo, jurisprudencial, a partir de los años noventa del siglo pasado, con los tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR). Su tipificación internacional más completa se ha dado en el art. 7 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional (ECPI)[5], donde se lee:

> "1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque […][6]
>
> 2. A los efectos del párrafo 1:
>
> a) Por 'ataque contra una población civil' se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política".

Esta definición ha aportado seguridad jurídica a un tipo penal que presentaba cierta ambigüedad, tanto por las características del DPI (donde, por una parte, se combinan los principios rectores estrictos del Derecho Penal, con la influencia del Derecho Internacional, de cierta laxitud; y, por

---

[1] AMBOS, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, 2005, pp. 34-35; CASSESE, *International Criminal Law*, 2003, p. 15; y GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, 1999, p. 18.
[2] CASSESE, *International Criminal*, pp. 23 y ss.
[3] GIL GIL, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 151. En este estudio la definición de elemento político varía a la planteada por la autora.
[4] Se sigue en este breve repaso histórico a WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., 2011, pp. 38-39, 46-47, 54-58, 61, 114 y 461-466.
[5] ECPI, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 y entrado en vigor el 1 de julio de 2002, art. 7.1 y 2 a).
[6] Tras ello, se enumera una serie de conductas como asesinato, exterminio, etc., que son los delitos comunes que se elevan a internacionales por cometerse en ese contexto.

otra, se debe tener en cuenta los ordenamientos penales de países con tradiciones jurídicas distintas, como el *common law* y el Derecho continental[7]) como por las particularidades de esta figura penal, con un nombre tan rotundo como indeterminado. La plasmación del concepto en el ECPI mantiene los problemas interpretativos del tipo, derivados esta vez de dos conceptos que, si no se establece una definición estricta de crímenes contra la humanidad, sirven para expandir el tipo indebidamente a fenómenos alejados de los crímenes internacionales. Estos dos términos son "ataque generalizado" (art. 7.1 ECPI) y "organización" (art. 7.2 a) ECPI).

Para comprender esa problemática es útil recordar la evolución histórica pendular de los crímenes de lesa humanidad. Su rasgo principal es la oscilación entre el abandono de los escenarios clásicos donde se daban estos crímenes y la necesidad de lograr un contexto delimitado que evite la expansión del tipo penal. En el Estatuto de Núremberg (y también en el Estatuto del TPIY), el nexo de los crímenes contra la humanidad con un conflicto armado permitía ilustrar con claridad los elementos contextual y político. Cualquier ataque generalizado lo era en un marco de por sí cualitativo, donde las organizaciones que operaban en dicho contexto bélico y promovían un ataque contra la población civil solían estar ligadas al Estado o ser partes del conflicto, lo que les hacía superar con creces el umbral de idoneidad exigido. Tras el abandono del vínculo con un conflicto armado y su sustitución por un nexo estatal, el umbral pudo mantenerse por los recursos que todo Estado posee para lanzar ataques generalizados o sistemáticos en su propio territorio[8]. Pero con la paulatina eliminación jurisprudencial del elemento político se plantea la cuestión de qué definición de organización puede mantener el umbral exigido para la aplicación del DPI, sin caer en la petrificación legislativa que supondría ligar la definición de organización a equivalente a Estado (*state like*) o a un ejército (*militar like*).

Así, una parte de la doctrina defiende el elemento político como parte del tipo y opta por mantener los nexos estatal y bélico, añadiendo el matiz de que organizaciones que actúen como *state like* (esto es, si son el poder de facto, por controlar parte de un territorio) o por tener el estatus de parte beligerante en un conflicto armado internacional o interno (*militar like*) también pueden encuadrarse en el art. 7.2 a) ECPI. Otros autores resaltan que, según la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, el elemento político es sólo un indicio y basta la demostración de que se ha producido un ataque generalizado o sistemático (elemento contextual) para detectar la comisión de crímenes contra la humanidad, lo que hace recaer la prueba de la existencia de estos crímenes en la demostración de que una organización tiene la capacidad de lanzar un ataque de esas características.

Este estudio cuestiona ambas posiciones. La primera, por mantener veladamente los nexos estatal y bélico en los crímenes, ya que sólo considera a organizaciones que son la máxima autoridad de iure o de facto en un territorio, o partes de un conflicto armado. Con ello, se restringe el tipo indebidamente y se enmarca en una concepción alejada del tenor del ECPI.

---

[7] Para una aproximación a las dificultades de estos dos sistemas jurídicos *condenados a entenderse*, véase BOHLANDER, «Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional», *InDret*, 2/2012, pp. 15-19, (http://www.indret.com/pdf/887.pdf; última visita: 1 de marzo de 2014).

[8] SCHABAS, «State policy as an element of international crimes», *JCLC*, (98), 2008, p. 964.

La segunda es criticada en este estudio por suprimir el elemento político, al subsumirlo en la capacidad de cualquier organización que genere el elemento contextual, que pasa a depender de una cuestión cuantitativa. Esto pone las bases para que, por ejemplo, un ataque generalizado sea identificado con una campaña de atentados cometidos por individuos vinculados a una organización terrorista o con una oleada de asesinatos promovidos por una organización criminal especialmente violenta. Es decir, se expande el tipo penal, con el riesgo que ello implica para la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos.

Para superar ambas posiciones, se argumenta a partir de la defensa del elemento político, pero se da un giro copernicano a la presencia del Estado, con la afirmación de que el vínculo estatal puede ser también por una determinada escala de crisis. A partir del concepto de colapso estatal, inspirado en el del colapso judicial del art. 17.3 ECPI, se argumenta que, si se logra definir los términos de colapso estatal sustancial y de colapso estatal total, así como demostrar el desvalor de la acción y la mayor peligrosidad de la conducta que suponen estos contextos, se puede transferir el elemento político a las organizaciones que operan en el territorio donde se produce ese colapso. Lo que, a su vez, posibilita reducir el nivel de exigencia a esas organizaciones para que cumplan los elementos contextual y político.

Por lo tanto, el siguiente estudio presenta los argumentos de las posiciones jurisprudenciales y doctrinales criticadas, defiende una interpretación propia del elemento político y plantea los puntos fuertes e interrogantes de este nuevo enfoque.

2. *El elemento político como marco para generar el elemento contextual en los crímenes contra la humanidad*

2.1. Diferenciación entre política y elemento político. Consecuencias de las vacilaciones jurisprudenciales

El problema del elemento político en los crímenes contra la humanidad puede abordarse desde la triple perspectiva de la que parte la Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP II) de la CPI en la discusión para la apertura de una investigación sobre la situación de Kenia[9]. Primero, si el *policy element* es una parte del Derecho consuetudinario o un elemento novedoso tras la aprobación del ECPI; segundo, si es un mero indicio o un requisito para la realización de un ataque generalizado o sistemático; y, tercero, en caso de que sea un requisito, si debe interpretarse en sentido estricto (bastaría que el ataque fuera promovido por un Estado u organización equivalente a un Estado) o amplio (el ataque también puede promoverse por una organización, lo que obliga a establecer según qué criterio la organización es idónea).

---

[9] ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya,* 31 de marzo del 2010 (ICC-01/09), pfo. 79 e ICC- PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, 31 de marzo de 2010 (ICC-01/09), pfo. 32. Véase HANSEN, «The Policy Requirement in Crimes Against Humanity: Lessons from and for the Case of Kenya», *The George Washington Law International Review,* (43), 2011, p. 9.

A partir de los interrogantes anteriores, la posición defendida es que el elemento político sí es parte del Derecho consuetudinario recogido en el ECPI, como un requisito que alude a la capacidad no sólo para generar ataques generalizados o sistemáticos, sino para crear el elemento contextual en todas sus partes: ataque, generalizado o sistemático, contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque, en el marco de una política que se remita, aun tenuemente, al Estado. Basarse en exclusiva en la capacidad de un actor no estatal debe evitarse como base argumental única, por lo que se requiere analizar en qué situación se encuentra el Estado durante el ataque, ya que el grado de tolerancia o de incapacidad estales pueden trasfundir rasgos del *policy element* a entidades que carecerían de éste cuando un Estado opera con normalidad.

El elemento político ha sido interpretado confusamente por la jurisprudencia de los tribunales ad hoc al no hacerse una distinción conceptual entre "política" como el indicio de un plan o impulso que acaba en un ataque generalizado o sistemático; y "elemento político", entendido como las características de una serie de sujetos colectivos con la capacidad de generar una situación de quebranto que supone una amenaza para bienes jurídicos individuales esenciales y para la seguridad internacional, y a los que se vinculan individuos para cometer crímenes contra la humanidad[10]. Así, en el caso *Tadic*[11] se requiere una política para todo ataque, sea generalizado o sistemático. En el caso *Akayesu*[12] se restringe el elemento político al ataque sistemático y se identifica el generalizado con una multiplicidad de víctimas. En el caso *Kayishema*[13] se vuelve a requerir el marco cualitativo para ambas opciones, con la política como un plan de acción. Posteriormente, se ha adoptado una posición contraria a una definición material de qué es elemento político. En los casos *Kupreskic*[14] y *Bagilishema*[15] se duda que la política sea un requisito indispensable para la consumación de los crímenes contra la humanidad, pero se da por supuesto que estará presente y parece sugerirse que se trata de una cuestión de indicios, algo que se confirma en el caso *Kordic*[16], donde se considera sólo un indicio de un ataque sistemático[17]. Esta confusión se plasma en el caso *Kunarac*[18], donde el tribunal obvia la cuestión, lo que ha sido calificado por la doctrina como "huida hacia delante"[19] y dado lugar al pronunciamiento en apelación en el que se establece que la existencia de una política no es un elemento legal del

---

[10] AMBOS, *Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional*, 2004, pp. 147-149 y LIÑÁN, *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607 bis del Código Penal español: una propuesta alternativa*, 2007, pp. 219-225. Se sigue a estos autores para la siguiente enumeración histórica de sentencias.

[11] ICTY, *Prosecutor v. Tadic, Opinion and Judgment*, 7 de mayo de 1997 (IT-94-1-T), pfo. 653.

[12] ICTR, *Prosecutor* v. *Jean Paul Akayesu, Judgment*, 2 de septiembre de 1998 (ICTR-96-4-T), pfo. 580.

[13] "Either of the requirements of widespread or systematic are enough to exclude acts not committed as part of a broader policy or plan. Additionally, the requirement that the attack must be committed against a "civilian population" inevitably demands some kind of plan and, the discriminatory element of the attack is, by its very nature, only possible as a consequence of a policy". ICTY, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana, Judgment*, 12 de mayo de 1999 (ICTR-95-1-T), pfo. 124.

[14] ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic et al., Judgment*, 24 de enero de 2000 (IT-95-16-T), pfo. 551.

[15] ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, *Judgment*, 7 junio de 2001 (ICTR-95-1A-T), pfo. 78.

[16] ICTY, *Prosecutor v. Kordic, Judgment,* 26 de febrero de 2001, (IT-95-14/2-T), pfo. 182.

[17] SCHABAS, *JCLC,* (98), 2008, p. 954, que detecta que en la jurisprudencia del TPIY se comienza a minar el elemento político, al señalarse que un individuo puede cometer, actuando solo, genocidio o crímenes contra la humanidad.

[18] ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, *Judgment*, 22 de febrero de 2001 (IT-96-23 & IT-96-23/1), pfo. 432.

[19] LIÑÁN, *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607 bis del Código Penal español: una propuesta alternativa,* 2007, p. 222.

crimen[20], por lo que se trata de "una prueba indiciaria de gran valor"[21], posición que se ha asentado en la jurisprudencia posterior[22].

De tal selección de sentencias de los tribunales ad hoc se desprende que no ha habido una discusión real sobre el elemento político, sino solamente una descripción de una política promovida por una organización de por sí idónea para crear el elemento contextual. Esa ligereza se podía permitir porque, de hecho, la discusión sobre los rasgos del elemento político no era decisiva. El contexto de conflicto armado (internacional o interno) o la intervención de un Estado permitían subsumir la conducta del individuo en el marco del ataque generado por una de las partes bélica o estatal. Así, el rol del elemento político estuvo condicionado por los dos contextos en los que el tipo penal de crímenes contra la humanidad se perfiló jurisprudencialmente (la ex Yugoslavia y Ruanda), de la misma manera que, en las definiciones de crímenes contra la humanidad, se mantuvo el vínculo con el conflicto armado en el Estatuto del TPIY[23] y el elemento discriminatorio en el del TPIR[24].

Ante esta constatación, surge la cuestión de si es necesario construir una teoría sobre el elemento político. La respuesta que da un sector de la doctrina, en otra "huida hacia delante", es que no hace falta ninguna teoría sobre el elemento político porque éste no es parte del tipo. Por ejemplo, según el derecho consuetudinario, el elemento político (al que se identifica con un plan o política) sería un término "críptico", en todo caso indiciario ("uno de los factores") de un ataque sistemático, que tiene al término "organización" como rasgo más "opaco"[25]. Ante posiciones similares, debe insistirse en el doble uso habitual del elemento político. Por un lado, como sinónimo de actitud, plan, política o de creación de un contexto ideológico y fáctico que alienta la comisión de crímenes contra la humanidad. Por el otro, como equivalente a quién promueve esa política y bajo qué circunstancias, que históricamente han partido del Estado como parámetro. Esa dualidad conceptual, que no ha sido aclarada jurisprudencialmente, obliga a perfilar ambos aspectos, sin obviar uno de ellos, subsumir el uno en el otro o reducir el elemento político a un "impulso"[26], posición que, eso sí, zanja la discusión entre política formal o no, a favor de esta última, pero que no permite aclarar la capacidad de la organización para promover un ataque generalizado o sistemático, al dar por supuesta la idoneidad.

---

[20] ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, *Appeal Judgment*, pfo. 98.

[21] LIÑÁN, *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607 bis del Código Penal español: una propuesta alternativa,* 2007, p. 222.

[22] ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, *Judgment*, 15 de marzo de 2002 (IT-97-25-T), pfo. 58; ICTY, *Prosecutor v. Vasiljevic*, *Judgment*, 29 de noviembre de 2002 (IT-98-32-T), pfo. 36; ICTY, *Prosecutor v. Simic et al.*, *Judgment*, 17 de octubre de 2003 (IT-95-9-T), pfo. 44; ICTY, *Prosecutor v. Blaskic, Appeal Judgment*, 29 de julio de 2004 (IT-95-14-A), pfo. 120; ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, *Appeal Judgment*, 17 de diciembre de 2004 (IT-95-14/2-A), pfo. 98; e ICTR, *Prosecutor v. Semanza*, *Judgment*, 20 de mayo de 2005, (ICTR-97-20-A), pfo. 269.

[23] ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX–YUGOSLAVIA, Resolución del Consejo de Seguridad 827, de 25 de mayo de 1993, art. 5.

[24] ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Resolución del Consejo de Seguridad 955, de 8 de noviembre de 1994, art. 3.

[25] BURNS, «Aspects of crimes against humanity and the International Criminal Court», pp. 10-11, http://www.icclr.law.ubc.ca/Site%20Map/ICC/AspectofCrimesAgainstHumanity.pdf (última visita: 1 de julio de 2011).

[26] DE PRADA SOLAESA, «Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad», en OLÁSOLO/CUENCA (coords.), *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional. Volumen I, 2011*, 2012, pp. 102-103.

La pervivencia de este problema ha desembocado en que la CPI carezca de criterios teóricos para delimitar el elemento político. En varios pronunciamientos preliminares se deduce que incluso la unanimidad sobre la esencialidad de la política[27] es engañosa, ya que sólo pospone los mismos interrogantes[28], esto es, establecer qué modelo de actor no estatal cumple el *policy element*. No obstante, aunque se prosiga con este *tabú* jurisprudencial a abordar su conceptualización al margen de la enumeración de indicios, la cuestión seguirá latente. Los operadores jurídicos tendrán que aludir, aun implícitamente, a qué se entiende por elemento político, ya que la especificidad política es parte de la naturaleza de los crímenes contra la humanidad.

2.2. La especificidad política de los crímenes contra la humanidad

La especificidad política de este crimen internacional es triple. Por una parte, el ataque en el que tienen lugar se produce mediante una política de comisión de una serie de delitos. Por otra, la manera en que es idónea la organización que promueve ese ataque es el denominado elemento político. Por ende, las instituciones políticas siempre tienen un rol clave en la aparición del tipo penal y deben ser analizadas, sobre todo a nivel estatal, para sopesar si se dan el elemento contextual y político.

De este modo, el componente agravado de los crímenes contra la humanidad se explica, desde una perspectiva iusfilosófica, por la comisión de una serie de delitos en un marco que ilustra la perversión de las instituciones, que generan situaciones que revierten lo que los ciudadanos esperan de la política, al ser atacado algo básico de los seres humanos como "animales sociales"[29]. La víctima de estos crímenes es más vulnerable, porque los "correctivos sociales ordinarios no pueden funcionar adecuadamente", lo que da como razón de ser de estos crímenes "la protección de los derechos humanos contra las mayores y más serias violaciones"[30], siempre que sean cometidas con relación a ese marco más lesivo. Esa base de alteración esencial de la política se dio en el origen de los crímenes contra la humanidad a una escala inaudita, intensidad que no debe adjudicarse automáticamente a los contextos de crímenes contra la humanidad en la actualidad. Recuérdese que la naturaleza del totalitarismo nazi no fue comprendida hasta después de sucedidos los hechos[31] y lo que buscaron las potencias en Nuremberg fue punir algo más específico, como era el ataque del Estado contra la propia población[32].

En esta línea, el concepto de crímenes contra la humanidad tiene dos términos clave: *crimen* y *Estado.* Mientras que la figura de crimen alude a un mal "que difiere de […] la inhumanidad

---

[27] ICC-PTC I, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the Confirmation of Charges*, 16 de diciembre de 2011 (ICC-01/04-01/10), pfo. 266.

[28] Incluso no se tiene claro qué debe entenderse por política, puesto que no ha sido considerada como tal ataques cometidos por venganza o para expulsar a civiles en el marco de una operación militar, según ICC-PTC I, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the Confirmation of Charges*, pfos. 250-251, 254 y 265; o se ha vuelto a una concepción formal de ésta, con un umbral probatorio elevado que exige que aquélla sea más que un impulso ideológico, según ICC-PTC I, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, "Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute", 3 de junio de 2013 (ICC-02/11-01/11), pfos. 242-267.

[29] LUBAN, «A Theory of Crimes Against Humanity», *YJIL,* (29), 2004, pp. 86-87 y 90-91.

[30] AMBOS/WIRTH, «The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000», *CLF,* (13), 2002, pp. 14-15.

[31] ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, 2006 [1951], pp. 531-640.

[32] GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, 1999, pp. 36-40 y 115.

genérica y de las violaciones de derechos humanos"[33], la posición que sitúa al Estado como parámetro permite una argumentación jurídica, política y moral coherente sobre este crimen internacional. Así, los elementos contextual y político ilustran una "inversión moral"[34] del contrato social, algo que no es una cuestión ni de "indignación moral" ni "cuantitativa", puesto que debe pensarse sobre "los tipos de mal, no sobre las cantidades de éste", lo que provoca que los crímenes contra la humanidad no sean correlativos a *crímenes de inhumanidad*[35]. Ese mal cualitativo se relaciona con la política y consiste en "un abuso del poder estatal que implica una inversión sistemática de los recursos jurisdiccionales del Estado" y que supone una alteración del contractualismo o pacto ficticio de buena fe entre la ciudadanía y los poderes públicos, es decir, el Estado que debe proteger ataca y acaba con las líneas de defensa e integración del individuo[36]. Desde esta base filosófico jurídica, se defiende un concepto de crímenes contra la humanidad que combine el respeto a las razones de su origen con su utilidad como una herramienta excepcional de auscultación del Estado y sus funciones, en un sentido amplio, ya que el vínculo del autor de estos crímenes con la máxima autoridad territorial puede ser tanto explícito o de vinculación, como implícito o de tolerancia[37]. A esto se añade, si se comparte el punto de vista de este estudio, una especie de nexo "tenue" con el Estado, resultado de la capacidad de una organización de provocar un colapso estatal sustancial o mantener un colapso estatal total, términos que recogen las situaciones de crisis políticas más extremas, las que afectan al Estado de manera coyuntural pero con consecuencias estructurales.

La interrelación entre los elementos contextual y político es básica en esta conceptualización, ya que el término "política" es más flexible que "sistemático" e incluso que "generalizado"[38], pero, como se ha visto, es distinto al elemento político, que es más estricto y sirve para evitar la expansión del concepto de "ataque generalizado"[39] a ámbitos ajenos a los crímenes contra la humanidad, como el terrorismo[40]. En el proceso de codificación de la CPI, la aceptación de la disyuntiva de generalizado o sistemático se logró a cambio de explicitar el *policy element*[41], lo que confirma la imbricación entre ambos elementos. Esto obliga a que un ataque que derive su consideración de generalizado también debe cumplir el elemento político, que está implícito cuando el carácter es sistemático[42], ya que éste alude a situaciones donde operan Estados u

---

[33] VERNON, «What is Crime against Humanity?», *JPP,* (10-3), 2002, p. 232.
[34] VERNON, *JPP*, (10-3), 2002, p. 233. También LUBAN, «Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law», *ICLR,* (11-3), 2011, p. 638: "[el] [d]esastre ocurre cuando un régimen criminal pone la moral del revés e invierte las reglas y excepciones ordinarias".
[35] VERNON, *JPP*, (10-3), 2002, pp. 237-238.
[36] VERNON, *JPP*, (10-3), 2002, pp. 243-245.
[37] WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., 2011, p. 483.
[38] ROBINSON, «Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference», *AJIL,* (93-1), 1999, p. 51, n. 46.
[39] BASSIOUNI, «Crimes Against Humanity», en EL MISMO (ed.), *International Criminal Law*, t.I, 2ª ed., 1999, pp. 580-581; y AMBOS, *Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional*, 2004, pp. 53-54.
[40] PÉREZ CABALLERO, «Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional», *RECPC*, (15-15), 2013, pp. 3-6.
[41] "La prueba resultante del apartado 1 y del subapartado 2 (a) [del art. 7 ECPI] refleja un término medio entre una prueba conjuntiva (generalizado y sistemático), que claramente era demasiado restrictiva, y una prueba disyuntiva incondicional (generalizado o sistemático), que fue considerada demasiado expansiva. El texto adopta el umbral previamente reconocido de un ataque 'generalizado o sistemático', pero define ataque sobre la base de las autoridades relevantes, para aliviar las preocupaciones sobre una prueba disyuntiva incondicional". ROBINSON, *AJIL*, (93-1), 1999, p. 51. Traducción propia. Una posición menos estricta de organización en WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., 2011, p. 480.
[42] WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., 2011, pp. 478-479. También AMBOS/WIRTH, *CLF,* (13), 2002, pp. 29-30.

organizaciones *state* o *militar like,* las adecuadas para implantar una política sistemática. Esta interpretación permite respetar la autonomía de los términos "generalizado" y "sistemático"[43], además de vedar la expansión del tipo penal a cualquier delito que implique un gran número de víctimas[44]. También supera la identificación en exclusiva de "generalizado" con un método[45] y de "sistemático" con un marco en el que debe insertarse el acto, puesto que en ambos casos se exige que los delitos comunes se conecten con un ataque que los transforma en crímenes contra la humanidad[46] y con una organización idónea. Es más, en los casos de ataques generalizados debe exigirse un umbral político mayor a la organización a la que se vincula el sujeto que comete crímenes contra la humanidad. Precisamente, el hecho de que la tipificación final del art. 7 ECPI ponga como dique evitar actos aislados[47] significa un punto de partida no sólo para el individuo, sino también para la organización e incluso para el contexto que crea la organización con sus actos, que tampoco puede ser aislado, sino tener una potencialidad real de replicarse. Por tanto, en un marco cualitativo (establecido por el elemento político) se promoverá un ataque generalizado (ilustrado por aspectos cuantitativos en ese marco cualitativo) o sistemático (mostrado por rasgos también cualitativos)[48].

La labor de la CPI permite, indirectamente, esta interpretación. Aunque ni un conflicto armado ni un Estado no democrático crean *per se* el elemento contextual, sí propician el elemento político y atraen una serie de indicios que posibilitan las circunstancias para que se efectúe un ataque generalizado o sistemático. Así se deriva de las ocho investigaciones de la CPI. De éstas, cinco se refieren a un conflicto armado interno (República Democrática del Congo, Uganda, República Centroafricana, Darfur, Costa de Marfil y Malí), una a la política de represión de un Estado contra su propia población (Libia) y otra a violencia postelectoral, en una escalada que afectó al gobierno y a la oposición (Kenia). De los diez exámenes preliminares, presuntamente tres se refieren a un conflicto armado internacional (Georgia, Palestina, República de Corea y, como hipótesis, la situación de los barcos de Comores, Grecia y Camboya), uno a un conflicto armado interno parcialmente internacionalizado (Afganistán), dos a un conflicto armado interno (Colombia y Nigeria) y dos a una política de represión de un Estado contra su propia población

---

[43] BOOT/HALL/DIXON, «Article 7», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, p. 158, nm. 89.

[44] AMBOS/WIRTH, *CLF*, (13), 2002, p. 30.

[45] LIÑÁN, *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607 bis del Código Penal español: una propuesta alternativa,* 2007, p. 290.

[46] Por tanto, no se está de acuerdo cuando se afirma que, a partir del "comentario nº 5 del art. 18 del tercer borrador [de la Comisión de Derecho Internacional, encargada de presentar proyectos sobre la materia], lo que se persigue es evitar que el crimen contra la humanidad pueda ser cometido por personas individuales actuando por su propia iniciativa y no limitar la naturaleza de las organizaciones idóneas". LIÑÁN, *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607 bis del Código Penal español: una propuesta alternativa,* 2007, p. 330. Por el contrario, en este estudio sí se considera básico establecer la relación entre la idoneidad de la organización y la incapacidad del Estado para respetar el *telos* de los crímenes contra la humanidad.

[47] Véase BOOT/HALL/DIXON, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, p. 159, nm. 93-93.

[48] Eso subyace en la postulación de que "el crimen contra la humanidad, tal y como se entiende hoy, no exige que cada una de sus modalidades se hayan cometido de manera generalizada o sistemática, sino que se realicen en el marco de un ataque generalizado o sistemático". GIL, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, p. 121. También, brevemente, ROBINSON, «Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC», http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/ (última visita: 25 de febrero de 2012).

(Honduras y Guinea)[49]. Sólo la situación de Kenia, que se aparta de los contextos habituales, podría ser un precedente para la expansión del tipo. En todo caso, este estudio solventa los interrogantes suscitados con la propuesta de interpretación de tal situación como de colapso estatal sustancial que, por transferencia del elemento político a las organizaciones capaces de provocarlo, permite mantener los límites del tipo penal internacional.

3. La polémica de las características de la organización según el art. 7.2 a) ECPI

3.1. Críticas a la fusión de los elementos contextual y político

La problemática del término "organización" al que alude el art. 7.2 a) ECPI, radica en que, como se ha visto, ni la doctrina ni la jurisprudencia aclaran si requiere unas características determinadas para ser considerada como tal a efectos de ese tipo[50].

Un sector doctrinal apegado a la interpretación más clásica postula un concepto de organización equivalente a la estatal, sea en sentido estricto (organización parte de un organigrama estatal o tolerada por éste) o amplio (se incluiría a organizaciones *state o militar like*, en tanto poderes de facto)[51]. A diferencia de dicha posición, en este estudio se intenta indagar si es posible encontrar otros contextos en los que sí se produzcan crímenes contra la humanidad. Para ello, deben analizarse las propuestas teóricas que se han aducido al respecto de estos nuevos contextos. Este apartado se centra en la doctrina que plantea una concepción apegada al sentido ordinario del término "organización", que supondría que cualquier individuo vinculado a una organización capaz de lanzar un ataque generalizado o sistemático podría cometer crímenes contra la humanidad[52].

---

[49] CORTE PENAL INTERNACIONAL, «Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2011/12», http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/reports%20on%20activities/court%20reports%20and%20statements/Documents/A67308SP.pdf (última visita: 9 de mayo de 2013) y OFFICE OF THE PROSECUTOR, «Report on Preliminary Examination Activities 2013», http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20-%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF (última visita: 6 de enero de 2014).

[50] ROBINSON, *AJIL*, (93-1), 1999, p. 50, n. 44 y WERLE, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., 2011, p. 482

[51] ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*. Véase también KRESS, Claus, «On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision», *LJIL*, (23), 2010, pp. 857–862; LANDA GOROSTIZA, «La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: Reflexiones críticas», *RECPC*, (12-10), 2010, pp. 12 y ss. (http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-10.pdf ; última visita: 6 de marzo de 2011); y SCHABAS, *JCLC*, (98), 2008, pp. 954-955 y 972-974.

[52] Cercana a la de la mayoría de la Sala en la ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, se sitúan por ejemplo WERLE/BURGHARDT, «Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a State-like Organization?», *JICJ*, (10-5), 2012, pp. 1154 y ss.; y HANSEN, *The George Washington Law International Review*, (43), 2011, pp. 35 y ss., especialmente pp. 39-41, desde una interpretación derivada de las circunstancias políticas de algunos países africanos.

La primera consideración sobre esa postura es que partir del sentido ordinario del término organización, tamizado por la afectación a la "paz y seguridad de la humanidad"[53], sólo aplaza la pregunta al hacer recaer el rasgo clave en la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático. Esta capacidad suele ser derivada de los medios de la organización (un aspecto parcial), no de su naturaleza (un aspecto total), por lo que puede sostenerse que estas teorías fusionan el elemento político con el contextual tras definir a éste cuantitativamente.

Este estudio plantea que una vía más adecuada es observar la interacción entre los elementos contextual y político en relación al Estado donde opera la organización, para así escapar de la circularidad a la que abocan la posición anterior[54]. Una construcción penalmente sólida del tipo de crímenes contra la humanidad debe diferenciar entre adscripción al ataque y la promoción del ataque como entidad política habilitante. Los crímenes contra la humanidad no requieren ninguna adición al término "individuo" para que éste sea idóneo para la comisión de crímenes contra la humanidad, siempre que inserte sus actos en el flujo del ataque generalizado o sistemático contra la población con conocimiento de dicho ataque. Por ejemplo, fuerzas estatales lanzan un ataque para exterminar a una serie de ciudadanos de ideología contraria al gobierno y un individuo, a sabiendas de que existe ese ataque, participa en él voluntariamente y mata a su vecino, del que sabe que pertenece a esa corriente ideológica. Sin embargo, el concepto de organización sí requiere una ulterior explicación, ya que son las mismas organizaciones las que puede generar el marco en el que se realiza un ataque generalizado o sistemático. A juicio de este autor, no puede sostenerse que la cuestión esté zanjada enumerando los rasgos de un ataque generalizado o sistemático tal y como se ha definido en la jurisprudencia cuando ésta se limita, desde los tribunales ad hoc hasta las resoluciones de la CPI, a caracterizar ese tipo de ataques dando por hecho el elemento político o pronunciándose sobre él de manera confusa. La jurisprudencia parte de la ventaja de que el contexto (conflicto armado o dictaduras) permitía no explicar qué era el elemento político y bastaba certificar que se daba el contextual. Pero cuando ha surgido una situación borrosa como la de Kenia, la CPI se ha quedado sin ninguna opción teórica para evitar poner las bases de la expansión del tipo penal, salvo las clásicas de organización *state* o *militar like*.

La posición que funde elementos contextual y político ilustra el error de no argumentar a partir de la situación del Estado y fía los caracteres de la organización a rasgos cuantitativos. Esto se observa en su ejemplificación de una serie de organizaciones que cumplirían el elemento político por sí mismas: paramilitares, organizaciones terroristas, organizaciones criminales, partidos políticos y compañías privadas de seguridad[55]. Una mirada más detenida a esos sujetos y a las situaciones en las que operan revela que, por ejemplo, los grupos paramilitares suelen actuar en un conflicto armado o "hacer el trabajo sucio" del Estado; que las compañías privadas de seguridad trabajan en su mayoría para el Estado o poder político de facto, y en todo caso con su tolerancia; o que, en lo referente a mercenarios y en la materia que nos ocupa, se ligan usualmente a un conflicto armado. Respecto a las organizaciones criminales y terroristas no suelen tener la capacidad para generar por sí mismas un ataque según el art. 7.1 ECPI, si no es en casos extremos y con una serie de capacidades propias combinadas con la incapacidad del Estado

[53] La sistematización de esta posición, en WERLE/BURGHARDT, *JICJ*, (10-5), 2012, pp. 1166 y 1154-1157.
[54] También parece intuirse esta vía en WERLE/BURGHARDT, *JICJ*, (10-5), 2012, p. 1158.
[55] WERLE/BURGHARDT, *JICJ*, (10-5), 2012, pp. 1167-1170.

donde operan[56]. Por lo tanto, aún es hipotético encontrar casos en los que organizaciones como las citadas cumplen el elemento político.

3.2. Críticas a la identificación de elemento político con capacidad para generar impunidad

Esta concepción de organización magnifica las funciones del DPI basadas en la prevención y considera el elemento político como un *primus inter pares*, esto es, como una más de entre las muchas posibilidades de internacionalizar una respuesta penal, opción que fue elegida por ilustrar el consenso en las negociaciones del ECPI[57]. Como consecuencia, el rasgo definitorio de una organización sería la capacidad de generar impunidad para sus crímenes[58].

Una primera crítica a esta doctrina es que una organización puede generar impunidad para los crímenes que promueve por diferentes razones y no todas están relacionadas con los elementos del tipo penal de crímenes contra la humanidad, ni siquiera con el ámbito del DPI. Sin embargo, la posición de considerar la impunidad inherente a la actuación de una organización en un contexto de crímenes de lesa humanidad tiene la capacidad de aglutinar un discurso que se valga de la función simbólica del DPI. Tómese, a modo anecdótico, la comunicación enviada a la CPI por el *Center for Constitutional Rights*, que consideraba que miembros de la jerarquía del Vaticano podían ser acusados de crímenes contra la humanidad por los delitos de algunos prelados subordinados, que de manera generalizada habrían cometido durante décadas abusos sobre menores. El Vaticano, un Estado sui generis, y su red de instituciones y centros es un ejemplo de organización capaz de actuar, a priori, generalizada y sistemáticamente, y de dotarse de impunidad para sus actos, pero no hay unidad de actuación si falta el elemento político. Lo que parece generalizada, y quizá sistemática, es la ocultación, pero no los abusos[59]. Además, aunque se hubiera establecido una política desde el Vaticano para cometer estos crímenes, existirían dificultades para argumentar que la actual organización eclesiástica distribuida por los países ostenta un control territorial de facto que le permite actuar sin ninguna traba, ya que la potestad de los centros católicos coexisten con la soberanía estatal y con otra serie de contrapoderes informales, además de ser bastante dudoso que todo prelado pudiera, aunque quisiera, actuar con la unidad de acción que requiere un ataque generalizado o sistemático.

En resumen, la impunidad es un término que suele operar antes o después de la promoción de un ataque generalizado o sistemático, y que sólo puede ser indiciario para establecer la idoneidad de una organización. Otro ejemplo que revela las debilidades de esta posición doctrinal es que

---

[56] PÉREZ CABALLERO, *RECPC*, (15-15), 2013, pp. 13-23.

[57] El marco conceptual del que parten estas posiciones está planteado en SADAT, «Emerging From the Shadow of Nuremberg: Crimes Against Humanity in the Modern Age», pp. 7, 41-42, 71, 87 y 90, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013254 (última visita: 18 de julio de 2013).

[58] Defendida sólidamente, por ejemplo, por LIÑÁN, *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607 bis del Código Penal español: una propuesta alternativa*, 2007, pp. 472-473.

[59] Véase CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS, «Victims' Communication Pursuant to Article 15 of the Rome Statute Requesting Investigation and Prosecution of High-level Vatican Officials for Rape and Other Forms of Sexual Violence as Crimes Against Humanity and Torture as a Crime Against Humanity», http://s3.documentcloud.org/documents/243877/victims-communication.pdf (última visita: 15 de junio de 2013). Además, en su pfo. 183 se argumenta, erróneamente, la existencia de una política.

posibilita ampliación del tipo penal a delitos especialmente violentos promovidos por organizaciones criminales en entornos de impunidad. Así, individuos vinculados a organizaciones criminales que, en países donde la impunidad es rampante, coadyuvan con sus actos a mantenerla, dotándose de relaciones de protección con las autoridades para no rendir cuentas ante la ley, podrían ser acusados de delitos contra la humanidad, lo que resulta contradictorio con la esencia de este crimen internacional.

Una segunda crítica, derivada de la anterior, es la mezcla de aspectos sustantivos y procesales que subyacen en enfatizar la relación entre impunidad e idoneidad de una organización para promover un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. El error de plantear la ruptura del tipo penal y diferenciar, no sólo procesal sino también materialmente, entre los crímenes contra la humanidad susceptibles de ser perseguidos por tribunales nacionales (crímenes contra la humanidad *domésticos*) y los tratados por instancias internacionales (crímenes contra la humanidad *internacionales*), por no haber podido ser tratados en las instancias nacionales, deriva de la consideración de que la intervención internacional se produce por interpretar el concepto de máxima autoridad en el Estado a partir del criterio de admisibilidad (dividido en complementariedad y gravedad, artículo 17 ECPI en relación con el 53.1), no del de jurisdicción material (artículos 5 y 7 ECPI), lo que, en el fondo, tiene como correlato eliminar también el elemento contextual del tipo.

En conclusión, los contextos que derivan de la posición descrita hacen plantearse por qué debería ser necesaria la utilización de la figura de los crímenes contra la humanidad y no otros tipos penales que se ajustarían más a los hechos (delitos comunes, crimen transnacional, terrorismo), si no es para aprovecharse del simbolismo de los crímenes internacionales, algo que pone las bases para la ampliación del tipo[60].

3.3. Conclusión parcial: Propuesta de definición de elemento político

Tras la pérdida del nexo bélico, los crímenes contra la humanidad se abrieron a las posibilidades, tristemente reales, de que el propio Estado pudiese atacar a sus ciudadanos sistemáticamente o que facciones rebeldes que controlaban un territorio y que de facto actuaban como Estados, o bien que se organizaban de una manera que tal pudieran desafiar al Estado de manera sostenida, promoviesen esos crímenes. Además, con el ECPI se dio cabida jurídica a que los ataques generalizados pudiesen tener lugar si actores no estatales realizan una política afín a un Estado y con su tolerancia, por lo que el vínculo estatal se plasma en una confluencia de objetivos, según se deduce de la "omisión deliberada" a la que alude la nota 6 del art. 7.3 de los Elementos de los Crímenes (EC) del ECPI[61].

No obstante, este estudio remarca que la linealidad en la construcción del *policy element* es aparente. Desde la perspectiva de los tribunales ad hoc ha habido interés en argumentar a partir

---

[60] PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, 2006, pp. 87-99 y 130-134.

[61] "[L]a política que tuviera a una población civil como objeto del ataque […] en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización".

del elemento político, como *algo* que subyacía en las situaciones abordadas, pero sin definirlo y derivando sus características del *telos* de lo que se consideraba que eran crímenes contra la humanidad. Por ello es necesario construir una teoría de qué es el *policy element* cuando las situaciones se alejan de parámetros claros como un conflicto armado o un Estado que promueve un ataque contra sus propios conciudadanos. La cuestión es si es posible, sin alterar el tipo penal. En este estudio se defiende que sí. Organizaciones no estatales, ante crisis graves del Estado y si poseen la capacidad de aprovecharlas políticamente (requisito doble y no alternativo), pueden promover ataques generalizados según el 7 ECPI. Se alude a ataques generalizados, y no sistemáticos, porque, como se ha dicho, la sistematicidad de un ataque requiere que quien lo promueva sea la máxima autoridad de iure o de facto sobre el territorio.

Se pasa a analizar, por tanto, cuándo se cumple el vínculo estatal por incapacidad política (no sólo jurídica) del Estado. Tales situaciones de desgobierno se cubren definiendo, a partir de la propuesta de GIL para los crímenes contra la humanidad[62], el elemento político como el marco cualitativo que convierte el ataque generalizado o sistemático en el elemento contextual de los crímenes contra la humanidad y que se sustancia en la participación o tolerancia del poder de iure o de facto en un territorio, o con la participación de organizaciones con capacidad para provocar el colapso sustancial de un Estado o mantener su colapso total.

4. La situación de Kenia en la CPI como ejemplo de elemento político generado por organizaciones con capacidad para provocar el colapso sustancial del Estado

4.1. Introducción: Aproximación al concepto de colapso estatal sustancial

Este estudio plantea el concepto de colapso estatal sustancial, inspirado en una vertiente política del colapso del sistema judicial por incapacidad del Estado (art. 17.3 ECPI)[63]. El concepto permitiría, si se comparten sus presupuestos dogmáticos, trasfundir un elemento cualitativo a los actores no estatales que provocan este tipo de colapso y remarcar el desvalor de la acción que agravaría la conducta hasta elevarla a un crimen contra la humanidad. Con esto, no se pretende realizar una interpretación analógica de los conceptos colapso total o sustancial de la administración de justicia y aplicarlos automáticamente al ámbito político[64], sino postular que una definición de organización que recoja el elemento político debería tener en cuenta la situación de crisis del Estado, a partir de la reflexión sobre esas consecuencias materiales del colapso estatal.

---

[62] Como se ha visto con anterioridad, crímenes contra la humanidad serían "los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad…) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure o de facto*." GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, 1999, p.123 y LA MISMA, *Derecho penal internacional*, 1999, p. 151.

[63] El art. 17.3 ECPI alude a la vertiente judicial del colapso sustancial, en la que el "sistema debe estar dañado a tal extremo que ya no es capaz, en general, de asegurar la investigación del caso ni tampoco el enjuiciamiento de los individuos", e incluso puede referirse a situaciones de "colapso limitado geográficamente […] si el control efectivo del Estado […] falla en algunos lugares". AMBOS, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional», *InDret*, 2/2010, p. 34 (http://www.indret.com/pdf/727.pdf ; última visita: 3 de mayo de 2013).

[64] La interpretación política de los dos tipos de colapso es, de momento, un *modelo para armar*, aún en una fase primera en la que se plantean algunos puntos en común y diferencias con la vertiente procesal del art. 17.3 ECPI.

El colapso sustancial de un Estado es una situación de incapacidad de las instituciones que parte del tronco cualitativo del colapso total. Los términos colapso estatal total y sustancial captan situaciones intermedias con una gravedad material, antes de que una autoridad recupere el poder o se imponga una nueva. Ambos son conceptos que tienen en común ilustrar una situación límite, pero muestran diferencias en su naturaleza. Si el colapso estatal sustancial abarca una serie de hechos de una intensidad suficiente para afectar a las instituciones de tal manera que existe la potencialidad del colapso total, éste sería el final de ese proceso, una ampliación cualitativa del sustancial. En éste, se paralizan las instituciones y se intenta describir un momento de peligro continuo, antes de que se derrumben. El Estado aún es la máxima autoridad, pero existe una situación que potencialmente puede cuestionar esa autoridad de manera sostenida, aunque sea temporalmente. En cambio, en el colapso estatal total, las instituciones se derrumban y se capta el momento después de que el Estado ha dejado de ser soberano y los rasgos que lo caracterizan pueden ser recogidos por otras organizaciones.

4.2. La situación de Kenia en la CPI

El problema de la definición de organización según el art. 7.2 a) ECPI y, en general, los interrogantes de no contar jurisprudencialmente con una definición de elemento político, se plantearon de manera clara en el análisis de la CPI de la situación de Kenia. Por añadido, las resoluciones de la Corte son un punto de partida idóneo para reflexionar sobre el grado de capacidad que debe reunir los actores no estatales y de descomposición de las instituciones estatales para que se dé la situación de colapso estatal sustancial planteada en este *paper*.

La Decisión de la SCP II de la CPI, del 31 de marzo del 2010, aceptó que, según el artículo 15 del ECPI, había indicios para abrir una investigación en Kenia por crímenes contra la humanidad[65]. El problema que planteaba esta resolución radicaba en los casos en los que actores no estatales sin ningún vínculo con el Estado, sin ser *state o militar like*, provocan una situación de parálisis estatal prologada en el tiempo y con un impacto social y político que aprovechan para lanzar ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil[66].

Para la mayoría de la SCP II, las violaciones masivas de derechos humanos en Kenia revelan que hubo un ataque generalizado o sistemático por la capacidad de las organizaciones de

---

[65] ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya*, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya,* pfos, 101 y ss. Véase también ICC-PTC II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Prosecution's Response to the Defence Challenges to Jurisdiction*, 16 de septiembre de 2011 (ICC-01/09-01/11), pfo. 29; e ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya*, *Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15*, 26 Noviembre de 2009 (ICC-01/09), pfos. 56-59. Sobre este asunto, véase también ICC, «Kenya's postelection violence: ICC Prosecutor presents cases against six individuals for crimes against humanity», http://www.icc-cpi.int/NR/exeres/BA2041D8-3F30-4531-8850-431B5B2F4416.htm (última visita: 1 de abril de 2012); LANDA GOROSTIZA, *RECPC,* 2010, pp. 13-14 y 16; y OLÁSOLO/CARNERO, «Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia», en OLÁSOLO/CUENCA (coords.), *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional. Volumen I, 2011*, 2012, pp. 51-68.

[66] "La violencia organizada por líderes políticos en Kenia tras las disputadas elecciones de 2007 tuvo lugar en un contexto donde el estado [...] dejó de existir parcialmente". HANSEN, *The George Washington Law International Review*, (43), 2011, p. 35.

promoverlo[67]. Su línea de argumentación parte de constatar el silencio del ECPI, ya visto, ante términos como "política", "Estado" u "organización"[68], a pesar de la existencia de jurisprudencia que establece una serie de rasgos que perfilan el carácter de lo sistemático[69]. La Sala detecta los indicios de un plan para cometer un ataque de actos políticos, militares o financieros; de la actuación de los medios de comunicación afines al que lo comete; o incluso de los antecedentes históricos. La opción de la CPI por esta mezcla de características busca demostrar que se comparte la continuidad y la extensión desde distintos ámbitos con el fin común del ataque[70]. Tras estos indicios, la CPI establece qué es organizacional[71]. Así, la mayoría de la SCP II descarta que la naturaleza formal de una organización y su estructura organizativa sean criterios definidores y opta por la capacidad de realizar actos que violen los derechos humanos, y se entiende que en estos casos es necesario que sea masivamente. Puntualiza que el examen se hará caso por caso, pero una serie de rasgos pueden mostrar la capacidad de la organización[72]. El tribunal aclara que no se trata de una definición legal rígida, lo que deja abiertas otras características en línea con estos criterios, lo que ha sido criticado por la doctrina, por la falta de seguridad jurídica y homogeneidad a la que da lugar, sobre todo si se la compara con la idea de otros criterios como los de control territorial o jerarquía organizativa[73].

Una sistematización de estas últimas críticas proviene del voto particular del juez KAUL a la resolución de sus compañeros de Sala. Éste define, en primer lugar, qué rasgos se necesitan para alcanzar un umbral de organización idóneo según el art. 7 ECPI[74] y, de esta definición similar al concepto clásico de *militar like*, afirma que "grupos de crimen organizado, masas, grupos de civiles armados o bandas criminales" no pueden estar incluidos en el artículo 7.2 a) ECPI, y concreta que los grupos, como en los casos keniatas, de personas orientadas a la violencia formados ad hoc, aleatoria y espontáneamente, para una ocasión pasajera, con miembros

---

67 ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, pfos. 81-99.

68 ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, pfo. 84.

69 ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, pfo. 87.

70 OLÁSOLO/CARNERO, en OLÁSOLO/CUENCA (coords.), *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional. Volumen I, 2011*, 2012, pp. 71-72.

71 ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya,* pfos. 90 y ss.

72 "(i) [S]i está bajo mando responsable o tiene una jerarquía establecida; (ii) si posee de hecho los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) si ejerce control sobre parte del territorio de un Estado; (iv) si tiene como primer propósito las actividades criminales contra la población civil; (v) si articula, explícita o implícitamente, una intención de atacar a una población civil; (vi) si es parte de un grupo mayor, que cumple alguno o todos de los criterios mencionados". ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya,* pfo. 93. Crítico en este punto LANDA GOROSTIZA, *RECPC,* 2010, p. 16, que sostiene que "[l]os criterios de gravedad que la Cámara indica [...] parecen ser una salvaguarda para poder filtrar, caso por caso, de entre los grupos privados aquellos que presenten una mayor peligrosidad mas allá, de cualquier manera, de la lacónica referencia general e indeterminada a la infracción de los 'valores humanos básicos'".

73 Véase KRESS, *LJIL,* (23), 2010, pp. 857-862.

74 "[U]na colectividad de personas; que se estableció y actúa para un propósito común; durante un período prolongado de tiempo; que está bajo un mando responsable o adoptó un cierto grado de estructura jerárquica, incluyendo como mínimo algún tipo de nivel político; con la capacidad de imponer la política sobre sus miembros y sancionarlos; y que dispone de la capacidad y los medios para atacar a una población civil a larga escala".ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, pfo. 51.

fluctuantes y sin estructura ni nivel para establecer una política no caen en el ámbito del ECPI, incluso si promueven una serie de crímenes masivos[75].

De lo anterior se colige que los tres jueces coinciden en que los actores no estatales pueden, en principio, constituir una organización según el artículo 7.2.a) del ECPI, ya que de lo contrario no se habría introducido ese término en el articulado, pero la mayoría difiere con KAUL en las condiciones para llegar al requerimiento organizativo. El elemento que diferencia a la opinión disidente de la mayoría de la Sala es qué debe interpretarse por organización, sobre todo *ad intra*, y su intento de establecer un modelo al respecto a partir del rasgo *militar like*, frente a la serie de indicios de la mayoría que, en algunos casos (por ejemplo, el rasgo de control territorial), son contradictorios con los rasgos de las organizaciones keniatas analizadas por la Sala. Así, la mayoría argumenta como la posición criticada de fusionar los elementos político y contextual, mientras que el juez disidente resalta que el término de organización no alude a cualquiera que tenga el poder de infligir daños contra valores humanos básicos, sino sólo las que, si no son equivalentes a un Estado, sean al menos *militar like*[76]. KAUL tiene en mente la organización ad hoc[77], de las circunstancias que dieron lugar a la comisión de presuntos crímenes contra la humanidad en Kenia como base para estructurar su crítica.

Pero la cuestión, según se describe en este estudio, no es la manera en que se organiza un colectivo de personas, sino el efecto que tienen en el Estado y su capacidad, por ejemplo, de provocar su colapso sustancial y llevar a cabo un ataque generalizado contra la población civil. Para ello, no sirven criterios formalistas sobre la jerarquía de una organización, ni generales sobre el modelo estatal, por ejemplo, europeo. El énfasis se debe poner en la naturaleza de la organización y sus medios para provocar el colapso sustancial, no en la capacidad de lanzar un ataque generalizado, que sólo podrá ser juzgado como tal si se da lo anterior. La capacidad de provocar el colapso sustancial es variable, ya que depende de las circunstancias del Estado. No es lo mismo una organización con capacidad de provocar el colapso sustancial en Kenia que en un Estado con mayor fortaleza. Con ese énfasis se mantiene el rol del Estado, aunque de una manera más sutil. Por ejemplo, en África hay ejemplos notorios de escaladas de violencia que alcanzan el umbral de guerras civiles tras unas elecciones[78] y elementos como el tribalismo sustituyen los canales institucionales de participación habituales. Poderes fácticos como los partidos políticos o empresarios, que en las democracias consolidadas no tienen los medios ni la voluntad de pugnar

---

[75] ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, pfo. 52.

[76] Crítico con esta posición HANSEN, *The George Washington Law International Review*, 2011, pp. 15-16, que perfila sus argumentos en 3 y 37-42. KRESS, *LJIL*, (23), 2010, p. 862, apunta que los requisitos de la opinión disidente coinciden con el Protocolo Adicional II de 1977, salvo por la necesidad de control territorial. Véase PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), aprobado el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978, art. 1.1.

[77] ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, pfo. 82, en referencia, por ejemplo, a Nairobi; "reuniones durante el tiempo aludido apuntan a preparativos ad hoc y el planeamiento de incidentes violentos durante el periodo de la violencia post electoral. Políticos locales usando bandas criminales para sus propios propósitos es un indicador de la asociación de conveniencia para una ocasión pasajera que una 'organización' establecida para un propósito común durante un periodo de tiempo".

[78] WERLE/BURGHARDT, *JICJ*, (10-5), 2012, pp. 1169-1170.

violentamente para desbordar a las instituciones, en muchos de esos países reúnen una capacidad de movilización que les asemeja a entidades cuasi estatales, aunque no tengan vínculos gubernamentales ni un deseo de extenderse más allá de lo espacial (a escala local, frecuentemente) o de lo temporal (cuando sucede el hecho desencadenante). Así debe analizarse la capacidad de enjambramiento[79] a gran escala o posibilidad de que grupos se fortalezcan por la conjunción con otros grupos, algo que el juez disidente no considera, por el temor a un efecto en cascada si se eliminan los criterios clásicos como el vínculo estatal o el bélico, del que es una variante el mantenimiento de que la organización que promueve el ataque sea *militar like*[80]. Esta posición ignora la movilización y concentración de medios en poco tiempo que permiten las nuevas tecnologías[81], y obvia formas de organización que con diversas tácticas confluyen en una estrategia[82], como se observa en los contextos de las "nuevas guerras"[83]. Su posición, como las de índole similar, se ciñen a los orígenes de los crímenes de lesa humanidad para recuperar los nexos estatal y bélico, lo que impide comprender situaciones en las que también tiene lugar la *crisis de la política* característica de esos crímenes. Convierte en redundante la especificación de "organización" del art. 7.2.a) del ECPI, al igual que se convertiría en redundante la alternativa "ataque generalizado o sistemático" si se interpretase generalizado como "equivalente a sistemático"[84].

El énfasis en el contexto de colapso sustancial del Estado, es decir, de una situación en que los criterios materiales que definen a un Estado peligran o están en trance de desaparecer, permite a su vez criticar la posición de la Sala, por no partir de la relación entre capacidad de la organización e incapacidad del Estado, lo que les impide construir una teoría unitaria que supere los criterios empíricos. Tanto la mayoría como la opinión disidente enumeran requisitos que debe cumplir una organización, cuando sería más correcto establecer qué rasgos indican un colapso del Estado y cómo puede propiciarlo una organización. Se está de acuerdo con la decisión de la mayoría, pero no con los argumentos, quizás voluntaristas, que esgrime a su favor.

4.3. El mínimo de capacidad organizativa en las situaciones de colapso estatal sustancial

La construcción de una alternativa a la apuesta de la CPI por una definición de organización centrada en la capacidad cuantitativa[85] parte de tomar los rasgos derivados de la posición

---

[79] ARQUILLA/RONFELDT, «La aparición de la 'guerra en red' (revisado)», en LOS MISMOS (eds.), *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*, 2003, pp. 42-44.

[80] Temor del que es representante, entre otros, SCHABAS, *JCLC*, (98), 2008, p. 972.

[81] "These two facts of modern life-the piebald character of states, and the technical advances that make large-scale, coordinated attacks on civilians possible-are the real source of the universal human interest in suppressing crimes against humanity". LUBAN, *YJIL*, (11-3), 2004, p. 139.

[82] DE ARMOND, «Guerra en red en la Ciudad Esmeralda: estrategia y tácticas de protesta contra la OMC», en ARQUILLA/RONFELDT (eds.), *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*, 2003, p. 227.

[83] KALDOR, *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, 2001, p. 16.

[84] Esta visión la refirmó la CPI al rechazar el recurso que negaba la competencia del Tribunal en el asunto de Kenia. En ICC-PTC II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Prosecution's Response to the Defence Challenges to Jurisdiction*, pfo. 27, se afirma que de la falta de tipificación en el ECPI de delitos como el terrorismo o el tráfico de drogas, ejemplos habituales de delitos promovidos por organizaciones no estatales, no se puede deducir que éstas se excluyan de cualquier implicación en crímenes internacionales, sino que el factor significativo a analizar es la naturaleza de la ofensa, no la identidad o la posición oficial del ofensor.

[85] Así, una organización idónea es la que posee un comando responsable o una jerarquía; los medios para lanzar un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; control territorial; si sus actividades criminales

mayoritaria de la SCP II en la situación de Kenia[86] confrontados con la opinión disidente citada anteriormente[87] para concluir que el concepto mínimo de organización es una colectividad de personas reunidas con un propósito común (la política) durante un período de tiempo y con algún tipo de relación entre los miembros (si bien los métodos de control a los miembros de la organización pueden variar en su intensidad y la jerarquía no es un elemento definitorio), con la intención y medios de provocar el colapso sustancial de un Estado y, constatada la capacidad para ello, se detecta que promueve un ataque generalizado contra la población civil. Esto es, si se cumplen esos rasgos y el ataque generalizado contra la población civil está inserto en el mantenimiento del colapso sustancial, se absorbe el componente político del Estado sustancialmente colapsado. Se logra así establecer un criterio claro que capta la especial peligrosidad de la conducta, a niveles similares de otros contextos que son considerados de crímenes de lesa humanidad.

5. El elemento político generado por organizaciones con capacidad para mantener el colapso total del Estado

5.1. Aproximación al concepto de colapso estatal total

En este apartado se analiza en qué casos se da una vuelta de tuerca al elemento internacional por el colapso total del Estado. En estas situaciones, la máxima autoridad ha desaparecido y el requisito pedido a las organizaciones debería ser un punto menor que en las circunstancias de colapso sustancial. Si el Estado se encuentra en una situación en la que su componente político se *escapa*, algunas organizaciones podrán retomarlo a efectos de ser idóneas para promover crímenes contra la humanidad. El elemento internacional sería, en estos casos excepcionales, el contexto de ausencia de una entidad estatal o equivalente a la estatal para evitar que determinadas organizaciones promuevan ataques generalizados.

De la misma manera que el término de colapso estatal sustancial puede explicar una situación como la de Kenia, donde la sustancialidad tiene un matiz de intensidad y duración menor que en el caso de la totalidad, el colapso total, inspirado en su par referido a la administración de justicia[88], alude a situaciones en las que el Estado ha dejado de ejercer control sobre el territorio y

---

tienen como objetivo principal ir contra la población civil ; si de manera explícita o similar articula una intención de atacar a la población civil; o si es parte de un grupo mayor que cumple todos o alguno de esos criterios. ICC-PTC III, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, 3 de octubre de 2011 (ICC-02/11), pfo. 46. Este planteamiento centrado en la capacidad de la organización de lanzar un ataque generalizado o sistemático, sin pasar estos dos conceptos por un filtro cualitativo que separe las organizaciones idóneas de las que no lo son, se ha mantenido en CPI- ChPI II, *Le procureur C. Germain Katanga, Situation en République Démocratique du Congo, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut,* 7 de marzo de 2014 (ICC-01/04-01/07), pfos. 1117-1122.

[86] ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya* , pfo. 93.

[87] ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul,* pfo.51.

[88] Una situación en la que "las autoridades de un Estado han perdido el control sobre su territorio en la medida en que la administración de justicia se ha roto completamente, o donde las autoridades, si bien ejercen (algún) control (militar o político) sobre el territorio, no efectúan tal administración". AMBOS, *InDret*, 2/2010, p. 33.

es incapaz, no sólo de impartir justicia, sino de realizar con normalidad las actividades políticas relacionadas con su soberanía. Estas situaciones pueden derivar de un acontecimiento progresivo, como un conflicto armado internacional o interno (sea antes, durante o después de éste), o de un colapso súbito, como en las de catástrofes[89]. En estos casos, las estructuras básicas están dañadas hasta un punto que se percibe como de no retorno.

El colapso estatal total debe distinguirse del concepto de Estado fallido que, si bien no está recogido en el Derecho Internacional, consta de una serie de indicios para detectar que un Estado tiene problemas para controlar su territorio[90]. La ONG *The Fund for Peace* elabora un índice al respecto, en el que analiza indicadores sociales, económicos, políticos y militares, que miden el grado de crisis estatal. Sobre el aspecto político, se habla de legitimidad del Estado, servicios públicos, derechos humanos y gobierno de la ley, aparatos de seguridad, fragmentación de las élites e intervención extranjera[91]. Dadas estas características, cualquier forma sustitutiva de la autoridad, como determinadas organizaciones, encuentran un terreno donde desarrollarse, una base social de apoyo y, en fin, una plataforma que puede tener consecuencias para la comunidad internacional, normalmente por la desestabilización regional que irradia ese Estado.

Sin embargo, como indicadores de un contexto de ataque generalizado o sistemático, es preferible usar un término más estricto que el de Estado fallido, que siempre obliga a un ulterior desarrollo. Este concepto es útil si se usa como un marco, pero debe rechazarse por construirse desde las consecuencias, multidimensionales, para la seguridad internacional del proceso de descomposición caracterizado por la falta de una autoridad central que controle totalmente el territorio atribuido[92]. Frente a ello, el colapso total de un Estado se ocupa exclusivamente de las situaciones en las que el poder que controlaba el territorio es incapaz de imponer su soberanía y el efecto que esto puede tener en la peligrosidad de algunas organizaciones que operan en ese territorio. Un ejemplo puede ser Somalia, en cuyo territorio se da un conflicto armado interno con el matiz de ser desestructurado[93], donde no existe una autoridad central salvo nominalmente y organizaciones privadas se apropian de funciones usualmente públicas[94]. El poder ha migrado a

---

89 WILLIAM, «Article 17», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, pp. 394, nm. 30.

90 FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, 2009, p. 22, y 15-93 para un análisis crítico de este concepto y la opción de la autora por el término "Estado en crisis"; y LÓPEZ MARTÍN, «Los Estados 'fallidos' y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz,* 2010. http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2010/2010_3.pdf (última visita: 22 de octubre de 2012), pp. 166 y ss., sobre todo 186, donde se define como "aquel caracterizado por el colapso total de sus instituciones, absoluto y prolongado en el tiempo, es decir, donde el *elemento constitutivo del Estado de la organización política y social ha desaparecido plenamente*". Cursivas en el original.

91 Véase THE FUND FOR PEACE. «Failed State Index 2012», http://library.fundforpeace.org/library/cfsir1210-failedstatesindex2012-06p.pdf (última visita: 4 de marzo de 2013), p. 12.

92 LÓPEZ MARTÍN, «Los Estados 'fallidos' y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz,* 2010, p. 167 y, en esta línea, pp. 186 y 235.

93 COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, «Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado», http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlnd.htm (última visita: 20 de enero de 2012).

94 LÓPEZ MARTÍN, «Los Estados 'fallidos' y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional», pp. 173 y 182. Véase también NÚÑEZ VILLAVERDE/BALDER/KOTOMSKA, *Terrorismo internacional en África. La construcción de una amenaza en el Sahel*, 2009, pp. 50-51. Se trata de "una situación de implosión total de las estructuras gubernamentales, de manera que el Estado ya no está legítimamente representado ante la comunidad internacional. El caos y la criminalidad -ya ampliamente presentes en las fases anteriores y que preparan, a

tales actores privados, hay regiones donde la autoridad son Estados de facto y si se logra un control parcial del territorio es como base para perpetuar el conflicto[95].

Si en el terreno desaparece cualquier autoridad estatal y ninguna organización tiene capacidad para imponer un control alternativo, se deriva que, en esas circunstancias excepcionales, los individuos vinculados a alguna de ellas, que presenten determinadas características, podrían cometer crímenes contra la humanidad. Al igual que un ataque terrorista lanzando desde *terra nullius* permitiría responder en legítima defensa, incluso preventiva, sin pasar por el Consejo de Seguridad de la ONU[96], esta especie de *terra nullius* creada por la ausencia del Estado provocaría que los ataques generalizados conforme al art. 7.1 en relación con el 7.2 a) ECPI, realizados en el territorio de un Estado colapsado, podrían ubicarse en el marco político cualitativo defendido en este estudio. El elemento político estaría afirmado por la mayor peligrosidad de ese tipo de organizaciones, agravada por la imposibilidad de las instituciones políticas de responder a los ataques generalizados.

5.2. El mínimo de capacidad organizativa en las situaciones de colapso estatal total

El mínimo de capacidad organizativa que debe cumplir la organización sigue supeditado a las circunstancias en las que se encuentra el Estado, pero debe ser menor que en las situaciones de colapso sustancial, ya que en nuestra concepción de crímenes contra la humanidad, a más capacidad del Estado, más filtros se exigen a la organización. El contexto de desaparición de las instituciones estatales provoca que el elemento político lo puedan recoger las organizaciones que operan en el territorio y tienen la intención de mantener, con sus actos, el colapso estatal total. Se habla de "mantener", no de "provocar", ya que si una organización es capaz de provocar el colapso total de un Estado es seguro que será equivalente a la estatal, por lo que es obvio que cumplirá el elemento político. Con esto se quiere resaltar qué sucede en el momento posterior a las mayores crisis políticas de un Estado, íntimamente relacionadas con su soberanía, y las consecuencias que tiene para la peligrosidad de las organizaciones operantes en ese contexto.

En el grado cero de la hipótesis propuesta, cualquier individuo que pertenezca a una organización (por ejemplo, criminal, insurgente o terrorista) que, para mantener el colapso total, es decir, para aprovecharse políticamente de esa circunstancia, lance un ataque generalizado contra la población con el resultado de la comisión de delitos tipificados en el art. 7.1 ECPI, cometerá crímenes contra la humanidad. Así, en estos casos, el concepto mínimo de organización será el propuesto para las situaciones de colapso sustancial, pero basta la realización de ataques para mantener el descontrol político. Por ejemplo, los individuos vinculados a una organización terrorista que promueve una serie de atentados de manera generalizada, con la intención de sacar

---

menudo, una desintegración total- se generalizan, las facciones ya no ejercen el control efectivo sobre sus adherentes ni hay orden jerárquico claramente establecido. Las organizaciones humanitarias ya no tienen interlocutores válidos y es grave la situación de inseguridad". COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, "Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado".

[95] INSIDE THE SHABAB INSURGENCY, «A Day In The Frontlines», http://insidetheinsurgency.wordpress.com/2011/02/13/a-day-in-the-frontlines/ (última visita: 22 de febrero de 2013). Este blog analiza el conflicto somalí sobre el terreno y de él se colige que el Estado está fragmentado en múltiples puntos y redes de lealtad clánicas y fácticas.

[96] PASTOR RIDRUEJO, «¿Ha sido legal el uso de la fuerza en Afganistán?», en RAMÓN CHORNET, (ed.), *Los retos humanitarios del siglo XXI*, 2004, p. 109.

rédito político de la situación de descontrol, cometen crímenes contra la humanidad, de los que no podrían nunca ser acusados en caso de que el Estado no hubiera colapsado totalmente.

6. Conclusiones

El *policy element* es un concepto que puede catalogarse de complejo y evasivo. *Complejo*, porque trata de la idoneidad de un Estado y, los más problemático, de una organización, para promover un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, es decir, qué rasgos permiten a una entidad crear el elemento contextual ligado a los crímenes de lesa humanidad. *Evasivo*, porque en la jurisprudencia dicho elemento político aparece desdibujado (es decir, sin definirlo, se da por supuesto en las situaciones tratadas clásicamente y que engloban a un Estado atacando a su propia población o un conflicto armado); o confundido (se mezcla con el aspecto sistemático de un ataque, o con la política de éste). Esto arroja el escenario paradójico (y todas las paradojas incluyen cierto peligro, y más en el ámbito del Derecho Penal) de un crimen tipificado en un tratado internacional por primera vez (el ECPI), superando los problemas anteriores con el principio de legalidad (irretroactividad, tipicidad, etc.), pero que no se ha desembarazado de sus interrogantes.

Ante los retos que afronta el DPI, la construcción penal de los crímenes de lesa humanidad y la caracterización de las organizaciones no estatales idóneas para generar el contexto en el que se cometen tales crímenes deben replantearse los requisitos clásicos de *state* y *militar like*. Pero esto no puede realizarse con una ampliación del tipo penal. Sin embargo, las bases para ello ya están puestas, debido a la laxitud iniciada en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc y continuada en las resoluciones de la CPI. Precisamente, en el caso Katanga, la primera sentencia de la Corte en la que se condena por crímenes de lesa humanidad, el tribunal, en vez de limitarse a argumentar a partir del nexo con un conflicto armado, vincula el elemento político de una organización no estatal a los "recursos", "medios" y "capacidades" que posea para promover un ataque contra la población civil[97]. La tautología de esa argumentación tiene su epílogo en la defensa que se hace de tal ampliación del concepto de organización. Para la CPI, su objetivo como tribunal es "la represión de los crímenes más graves"[98].

En cambio, la revalorización del elemento político en el art. 7.2 a) ECPI supone que el Estado sigue siendo la categoría desde la que analizar estos crímenes, pero debe sopesarse no sólo la conducta activa de la entidad con más poder en el territorio analizado, sino también su omisión deliberada de actuar e incluso su incapacidad. Así entendido, el *policy element* requiere sopesar la incapacidad del Estado provocada o mantenida por un determinado tipo de organización. Si los vínculos bélico o estatal eran las opciones manejadas para resaltar el elemento que hacía que un determinado crimen pasara a la categoría de internacional, este estudio plantea que el elemento político puede aglutinar lo que subyace en la preocupación de las posiciones doctrinales más estrictas sobre la interpretación de las características de la organización. Se logra así un dique que evite, por ejemplo, la aplicación de los crímenes de lesa humanidad a organizaciones terroristas o

---

[97] CPI- ChPI II, *Le procureur C. Germain Katanga, Situation en République Démocratique du Congo, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, pfo. 1119.

[98] CPI- ChPI II, *Le procureur C. Germain Katanga, Situation en République Démocratique du Congo, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, pfo. 1122.

insurgentes que no son la máxima autoridad sobre el territorio ni afectan al Estado de una manera crítica, es decir, al margen de acciones puntuales.

A su vez, en los contextos de crisis graves del Estado que deriven en un colapso estatal sustancial o total, determinadas organizaciones podrán cumplir el elemento político. La vertiente material a la que, al menos indirectamente, debe referirse la CPI al analizar el art. 17.3 ECPI[99], se aprovecha de resorte para desarrollar el concepto de colapso estatal, que necesitará de posteriores reflexiones para concretar su definición. Como base, en este estudio se ha señalado que debe abarcar situaciones con un grado de intensidad suficiente como para que el Estado se vea desbordado, por la acción de determinadas organizaciones que provocan su colapso sustancial[100]; o donde no hay una entidad que abarque todo el territorio, sino una combinación de gobiernos de facto e insurgencias[101] que provocan autoridades cambiantes que en algunos casos prefieren no dotarse ni siquiera de una estructura estatal[102], en las situaciones extremas de colapso estatal total. Sólo en estos dos tipos de situaciones se podrá afirmar que una organización cumple el elemento político sin responder a los criterios clásicos. El punto de partida de siguientes investigaciones es establecer con más claridad los rasgos de estos contextos, lo que exige un análisis no sólo de fuentes jurídicas, sino también politológicas y filosóficas.

---

[99] Así, en referencia a la negación de que Libia pueda juzgar a Saif Al-Islam Gaddafi, la SCPI estableció que el país "continúa encarando sustanciales dificultades en el ejercicio de sus poderes completamente a lo largo de todo su territorio" y, por esto, "su sistema nacional no puede ser aún aplicado completamente en todas las áreas o aspectos relevantes del caso, siendo así 'incapaz' en los términos del artículo 17 (3) del Estatuto", ICC-PTC I, *Situation in Lybia in the case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on the admissibility on the case against Saif Al-Islam Gaddafi,* 31 de mayo de 2013 (ICC-01/11-01/11), pfo. 205. La argumentación procesal es indisociable de ese marco y así se observa en ibídem, principalmente pfos. 204-208. Este argumento material político se detecta, parcialmente, en las posiciones no vinculantes pero sí indicativas de la Office of Public Counsel of Victims (OPCV), en sus pfos. 147, 150 y 152, y de los Amici Curiae, en pfos. 177-180.

[100] ¿Se estaría ante una situación de este tipo para las acciones del Estado Islámico de Irak y el Levante en algunas zonas de Irak, desde principios de 2014 hasta la fecha? Al menos esta hipótesis impediría la adjudicación a miembros de ese grupo de crímenes de lesa humanidad sin tener en cuenta la fortaleza o debilidad del Estado iraquí.

[101] Se entiende por insurgencia "un actor, o un conjunto de actores, que se enfrentan de manera organizada y prolongada en el tiempo a la autoridad política establecida (sea nacional o extranjera), mediante una estrategia efectiva de movilización social y con un empleo sustantivo de la fuerza". JORDÁN, «Delimitación teórica de la insurgencia: conceptos, fines y medios», en EL MISMO/POZO/BAQUÉS (eds.), *La seguridad más allá del Estado. Actores no estatales y seguridad internacional,* 2011, p.114, mientras que en ibídem, pp. 123-126, el autor diferencia este término de la guerrilla o el terrorismo, tácticas violentas que puede o no usar una insurgencia.

[102] JORDÁN, en EL MISMO/POZO/BAQUÉS (eds.), *La seguridad más allá del Estado. Actores no estatales y seguridad internacional,* 2011, p. 122, donde se habla de grupos que buscan "autonomía política local o tribal, generando o manteniendo una situación que escapa al control político estatal", y con el objetivo de "socavar la autoridad estatal, dentro de un Estado total o parcialmente fallido, antes que hacerse con el gobierno o crear un nuevo Estado". Notas en texto omitidas.

7. Tabla de Jurisprudencia

- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia-

Caso	*Fecha*	*Referencia*
ICTY, *Prosecutor v. Tadic,* Opinion and Judgment	7 de mayo de 1997	IT-94-1-T
ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Judgment	24 de enero de 2000	IT-95-16-T
ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgment	22 de febrero de 2001	IT-96-23 & IT-96-23/1
ICTY, *Prosecutor v. Kordic*, Judgment	26 de febrero de 2001	IT-95-14/2-T
ICTY, *Prosecutor v. Krnojelac*, Judgment	15 de marzo de 2002	IT-97-25-T
ICTY *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Appeal Judgment	12 de junio de 2002	IT-96-23 & IT-96-23/1
ICTY, *Prosecutor v. Vasiljevic*, Judgment	29 de noviembre de 2002	IT-98-32-T
ICTY, *Prosecutor v. Simic et al.*, Judgment	17 de octubre de 2003	IT-95-9-T
ICTY, *Prosecutor v. Blaskic,* Appeal Judgment	29 de julio de 2004	IT-95-14-A
ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Appeal Judgment	17 de diciembre de 2004	IT-95-14/2-A

- Tribunal Penal Internacional Para Ruanda-

Caso	*Fecha*	*Referencia*
ICTR, *Prosecutor* v. *Jean Paul Akayesu,* Judgment	2 de septiembre de 1998	ICTR-96-4-T
ICTR, *Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana,* Judgment	12 de mayo de 1999	ICTR-95-1-T
ICTR, *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgment	7 junio de 2001	ICTR-95-1A-T
ICTR, *Prosecutor v. Semanza,* Judgment	20 de mayo de 2005	(ICTR-97-20-A)

-Corte Penal Internacional-

Caso	*Fecha*	*Referencia*
ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya*, Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15	26 de noviembre de 2009	ICC-01/09
ICC-PTCII, *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya	31 de marzo del 2010	ICC-01/09
ICC-PTC II, *Situation in the Republic of Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in	31 de marzo de 2010	ICC-01/09

the Republic of Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul		
ICC-PTC II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang,* Prosecution's Response to the Defence Challenges to Jurisdiction	16 de septiembre de 2011	ICC-01/09-01/11
ICC-PTC III, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire	3 de octubre de 2011	ICC-02/11
ICC-PTC I, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges	16 de diciembre de 2011	ICC-01/04-01/10
ICC-PTC I, *Situation in Lybia in the case of the Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi,* Decision on the admissibility on the case against Saif Al-Islam Gaddafi	31 de mayo de 2013	ICC-01/11-01/11
ICC-PTC I, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo,* Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute	3 de junio de 2013	ICC-02/11-01/11
CPI- ChPI II, *Le procureur C. Germain Katanga, Situation en République Démocratique du Congo,* Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut	7 de marzo de 2014	ICC-01/04-01/07

8. Bibliografía

AMBOS/WIRTH (2002), «The current law of crimes against humanity. An analysis of UNTAET Regulation 15/2000», *CLF,* (13), pp. 1 a 90.

AMBOS (2004), *Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

- (2005), *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática.* Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo.

- (2010), «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma). Un análisis sistemático de la compleja relación entre jurisdicciones nacionales y la Corte Penal Internacional», *InDret*, 2/2010, Barcelona, pp. 1 a 47 (http://www.indret.com/pdf/727.pdf; última visita: 3 de mayo de 2013).

ARQUILLA/RONFELDT (2003), «La aparición de la 'guerra en red' (revisado)», en LOS MISMOS (eds.), *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*, Alianza Editorial, Madrid, pp. 31 a 54.

BASSIOUNI (1999), «Crimes Against Humanity», en EL MISMO (ed.), *International Criminal Law*, t.I, 2ª ed., Transnational Publishers, Inc., Ardsley, New York, pp. 521-588.

BOHLANDER (2012), «Volver a Radbruch. La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional», *InDret*, 2/2012, Barcelona, pp. 1 a 22, (http://www.indret.com/pdf/887.pdf; última visita: 1 de marzo de 2014).

BOOT/HALL/DIXON (1999), «Article 7», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* , Nomos Verlagsgesellschaf, Baden-Baden, 117-172.

BURNS, «Aspects of crimes against humanity and the International Criminal Court», Symposium on the International Criminal Court February. 3-4 de febrero de 2007, Beijing, (http://www.icclr.law.ubc.ca/Site%20Map/ICC/AspectofCrimesAgainstHumanity.pdf; última visita: 1 de julio de 2011).

CASSESE (2003), *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York.

CENTER FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS, «Victims' Communication Pursuant to Article 15 of the Rome Statute Requesting Investigation and Prosecution of High-level Vatican Officials for Rape and Other Forms of Sexual Violence as Crimes Against Humanity and Torture as a Crime Against Humanity», ICC File No. OTP-CR-159/11, 13 de septiembre de 2011 (http://s3.documentcloud.org/documents/243877/victims-communication.pdf; última visita: 15 de junio de 2013).

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, «Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado», 23 de enero de 1998, Documento preparatorio del Comité Internacional de la Cruz Roja para la primera reunión periódica sobre el derecho internacional humanitario, Ginebra 19-23 de enero de 1998, (http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlnd.htm; última visita: 20 de enero de 2012).

CORTE PENAL INTERNACIONAL, «Informe de la Corte Penal Internacional a las Naciones Unidas correspondiente a 2011/12», 14 de agosto de 2012, sexagésimo séptimo período de sesiones, (A/67/308), http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/reports%20on%20activities/court%20reports%20and%20statements/Documents/A67308SP.pdf (última visita: 9 de mayo de 2013).

DE ARMOND (2003), «Guerra en red en la Ciudad Esmeralda: estrategia y tácticas de protesta contra la OMC», en ARQUILLA/RONFELDT (eds.), *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, el crimen organizado y el activismo político*, Alianza Editorial, Madrid, pp. 224 a 258.

DE PRADA SOLAESA (2012), «Crímenes de Derecho Internacional. Crímenes contra la humanidad», en OLÁSOLO ALONSO/CUENCA CURBELO (coords.), *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional. Volumen I, 2011*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 89 a 106.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA EX–YUGOSLAVIA, Resolución del Consejo de Seguridad 827, de 25 de mayo de 1993.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, Resolución del Consejo de Seguridad 955, de 8 de noviembre de 1994.

ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 y entrado en vigor el 1 de julio de 2002.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ (2009), *¿Estados fallidos o Estados en crisis?*, Comares, Granada.

GIL GIL (1999), *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Centro Francisco Tomás y Valiente UNED, Valencia.

- (1999), *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid.

- (2009), *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona.

HANSEN (2011), «The Policy Requirement in Crimes Against Humanity: Lessons from and for the Case of Kenya», *The George Washington Law International Review*, (43), 24 de Julio, pp. 1 a 41.

ICC, «Kenya's postelection violence: ICC Prosecutor presents cases against six individuals for crimes against hummanity», 15 de diciembre de 2010, (http://www.icccpi.int/NR/exeres/BA2041D8-3F30-4531-8850-431B5B2F4416.htm; última visita: 1 de abril de 2012).

INSIDE THE SHABAB INSURGENCY, «A Day In The Frontlines», 13 de febrero de 2011, (http://insidetheinsurgency.wordpress.com/2011/02/13/a-day-in-the-frontlines/; última visita: 22 de febrero de 2013).

JORDÁN ENAMORADO (2011), «Delimitación teórica de la insurgencia: conceptos, fines y medios», en EL MISMO/POZO/BAQUÉS (eds.), *La seguridad más allá del Estado. Actores no estatales y seguridad internacional*, Plaza y Valdés, Madrid, pp. 113 a 134.

KALDOR (2001), *Las nuevas guerras. Violencia organizada en la era global*, Tusquets Editores, Barcelona.

KRESS (2010), «On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision», *LJIL* (23), pp. 855 a 873.

LANDA GOROSTIZA (2010), «La sombra de los crímenes contra la humanidad en la política antiterrorista española: Reflexiones críticas», *RECPC*, (nm. 12-10), pp. 1 a 30, (http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-10.pdf; última visita: 6 de marzo de 2011).

LIÑÁN LAFUENTE (2007), *El desarrollo del crimen de persecución en el ámbito del crimen contra la humanidad y su reformulación en el artículo 607 bis del Código Penal español: una propuesta alternativa*, tesis doctoral inédita dirigida por Manuel Quintanar Díez, Universidad Complutense de Madrid.

LÓPEZ MARTÍN (2010), «Los Estados 'fallidos' y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico internacional», Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz. Servicio de Publicaciones de la UPV, Bilbao, pp. 162 a 239, (http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2010/2010_3.pdf; última visita: 22 de octubre de 2012).

LUBAN (2004), «A Theory of Crimes Against Humanity», *YJIL,* (29), pp. 85 a 167.

- (2011), «Hannah Arendt as a Theorist of International Criminal Law», *ICLR,* (11-3), pp. 621 a 641.

NÚÑEZ VILLAVERDE/BALDER/KOTOMSKA (2009), *Terrorismo internacional en África. La construcción de una amenaza en el Sahel*, Los libros de la Catarata, Madrid.

OLÁSOLO ALONSO/CARNERO ROJO (2012), «Aplicación práctica del análisis de admisibilidad de situaciones: la situación en la República de Kenia», en OLÁSOLO ALONSO/CUENCA CURBELO (coords.), *Perspectiva Iberoamericana sobre la Justicia Penal Internacional. Volumen I, 2011*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 51 a 74.

PASTOR RIDRUEJO (2004), «¿Ha sido legal el uso de la fuerza en Afganistán?», en CHORNET, (ed.), *Los retos humanitarios del siglo XXI,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 95 a 109.

PASTOR (2006), *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Atelier, Barcelona.

PÉREZ CABALLERO (2013), «Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional», *RECPC,* (nm. 15-15), pp. 1 a 30, (http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-15.pdf; última visita: 19 de marzo de 2014).

OFFICE OF THE PROSECUTOR, «Report on Preliminary Examination Activities 2013», noviembre de 2013, http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Documents/OTP%20Preliminary%20Examinations/OTP%20%20Report%20%20Preliminary%20Examination%20Activities%202013.PDF (última visita: 6 de enero de 2014).

PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), aprobado el 8 de junio de 1977 y entrado en vigor el 7 de diciembre de 1978.

ROBINSON (1999), «Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference», *AJIL,* (93-1), pp. 43 a 57.

- (2011) «Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC», *Blog of the European Journal of International Law*, 27 de febrero de 2011, (http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-aticc/; última visita: 25 de febrero de 2012).

SADAT (2012), «Emerging From the Shadow of Nuremberg: Crimes Against Humanity in the Modern Age», *Legal Studies Research Paper Series*, Paper No. 11-11-04, Washington University in St. Louis, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013254 (última visita: 18 de julio de 2013).

SCHABAS (2008), «State policy as an element of international crimes», *JCLC* (98), pp. 953 a 982.

THE FUND FOR PEACE, «Failed State Index 2012», (http://library.fundforpeace.org/library/cfsir1210-failedstatesindex2012-06p.pdf; última visita: 4 de marzo de 2013).

WILLIAM (1999), «Article 17», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 383 a 394.

VERNON (2002), «What is Crime against Humanity?», *The Journal of Political Philosophy*, (10-3), pp. 231 a 249.

WERLE (2011), *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

WERLE/BURGHARDT (2012), «Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a State-like Organization?», *JICJ,* (10-5), pp. 1151 a 1170.